Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

¿KELSEN Y EL PLURALISMO JURÍDICO?

Óscar CORREAS*

I. IMPOSIBLE

Imposible que un profesor europeo nacido en el siglo XIX y formado en el pensamiento clásico —griego y alemán— pudiera visualizar el mundo plural latinoamericano. Incluso si visitó Argentina y México, en cuyos medios filosóficos y jurídicos tampoco existía cosa semejante a tal reconocimiento de la pluralidad. En ambos países la percepción del derecho en las escuelas era —y sigue siendo— la de la Europa ombligo del mundo. La misma de Kelsen, que por eso era tan bien recibido —como poco leído— en una América Latina que se conoce todavía poco a sí misma.

Lo único que se alzaba como respuesta y rebelión era, y es, la antropología. Una ciencia que sigue llevando el pecado de haber sigo inaugurada por juristas también educados en la miopía europea. Pecado que tampoco ha sido purgado con una respuesta al eurocentrismo que se basa en una mirada que parece, más bien que autóctona, conducida por el pensamiento estadounidense, el cual, por lo demás, es dominante en la ciencia política contemporánea. Y, por supuesto, la mirada norteamericana reniega —y descarta— de esa parte del pensamiento clásico que es el marxismo. El imperialismo cultural no es un perro muerto. En su negación de la primera antropología, la actual reniega de la teoría del derecho fundada en el pensamiento clásico, tanto como de las propuestas marxistas.

* Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias y Revista Crítica Jurídica.

DR © 2013, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Por mi parte creo que es necesario desatar el nudo, recuperar el marxismo y rescatar lo rescatable de la teoría clásica del derecho, cuyo fundador, ni dudarlo, es Kelsen —quien, bien lo dijo—, por lo demás era un continuador de la filosofía clásica del Estado y el derecho.

El objeto de estas líneas es ése: mostrar cómo el pensamiento clásico, demasiado racista, puede ofrecer, si logramos quitarle su vanidad eurocéntrica, las pistas para pensar el pluralismo jurídico. También mostrar que el marxismo sigue siendo la única teoría social plausible para nosotros, si también logramos quitarle sus rejas burguesas eurocéntricas.

II. La teoría general del derecho

¿Qué es una teoría? ¿Y una teoría del derecho? ¿Cuál es su pretensión?

Una teoría, como la jurídica, es un discurso que construye conceptos que serán usados por alguna ciencia. Así, la teoría de la Biología construye el concepto de *célula* que luego será usado por el biólogo para observar, *con sentido*, algún pedazo de la realidad donde descubrirá la existencia de células. No podría "verlas" si no tuviera el concepto preparado por la teoría. Esto lo comprende fácilmente quien haya mirado el hueco de un microscopio por donde se "ven" moverse unas "figuras" que no se puede saber qué son, por falta de una teoría. Y lo mismo le pasaría a algún audaz ciudadano que quisiera saber qué puede hacer para que le paguen una deuda, y tuviera la peregrina idea de abrir el Código Civil en busca de respuesta. Lo más seguro es que terminaría en el despacho de un abogado, prestando debida atención a un discurso que tampoco entenderá. Cosas de la ciencia.

Respecto de la antropología, la pretensión de la teoría del derecho es la misma: si quiere hacerse antropología jurídica se precisa un concepto de "jurídico" —o *derecho*—. Y debe disponerse de él *previamente* al trabajo antropológico. Pensar en una antropología jurídica que no disponga del concepto de derecho es un disparate. La teoría del derecho produce esos conceptos que requiere el antropólogo, y es una teoría muy sólida, muy probada, de bibliografía inmensa. Despreciarla por el hecho de que ha sido producida por juristas y no por sociólogos o antropólogos es otro disparate, ya que dispone de los conceptos básicos necesarios para que se pueda hablar de sociología o antropología jurídicas.

Claro, los juristas han debido retocar la teoría, desarrollarla, hacerla avanzar, para ofrecer nuevos conceptos, como el de *pluralismo jurídico*, suficientes para que puedan ser usados por las ciencias sociales.

DR © 2013, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

La teoría del derecho ha podido desarrollarse sólo a partir de desprenderse de la clásica filosofía del derecho, dedicada a la importante pregunta por la justicia. Tradicionalmente el derecho era visto como objeto propio de la justicia, con todo lo que de apologético tiene un discurso destinado a justificar el Estado, reino o república. Pero la teoría del derecho actual, positivista, se pregunta qué es el derecho, y no cómo debe ser. Y este deslinde le ha valido su éxito: a principios del siglo XXI nadie en su sano juicio confunde esos dos géneros de problemas: los de la justicia y los del derecho *positivo* —el que existe—, porque se obedece por las buenas o se impone por la violencia. Dicho de otra manera: la teoría del derecho dejó para la filosofía el problema más importante, que es el de la justicia, y se quedó con el más rupestre que es el del derecho *tal cual es*. Con ello, el positivismo jurídico, el auténtico, dejó de asegurar que el derecho busca la justicia, y se dedicó a pensar cómo *es*; incluso a pensar cómo es que consigue hacer creer que busca la justicia.

Habría que dejar bien advertido que los teóricos actuales del derecho raramente dejan de pensar en la justicia. Lo único que hay que tener en cuenta, es que son dos preguntas distintas: cómo el derecho *es*, y cómo el derecho *debe ser*. Es la diferencia entre lo dicho y cómo se dice. Y, finalmente, también es cierto que ambas preguntas se condicionan mutuamente. Así, es posible observar que la respuesta a cómo el derecho *es* se relaciona con las ideas que el jurista tenga de cómo *debe ser*. Pero ése es otro tema. Lo que hay que rescatar es que la teoría general del derecho se ocupa de crear conceptos que permiten "ver" cómo *es* el derecho de un país.

"De un país", no es del todo correcto, pues esta teoría debe también permitir observar el derecho de las comunidades indígenas, de las que no solemos decir que son "un país". A eso nos dedicaremos más adelante.

La teoría general del derecho, por lo demás, es muy pretenciosa. Promete servir para observar cualquier derecho que exista o haya existido. Y si en Marte hay inteligentes, tendrán derecho y podremos enseñarles cómo se hace para describir sus normas. La pretensión no es menor. Y hay que perder unos minutos en calibrar su grado, pero luego de ello hay que reparar en que si es así tiene que servir para explicar todo fenómeno normativo, incluido el del pluralismo jurídico. El asunto es si lo puede hacer. Si no, no es "general" del derecho. Y habría que arrojarla al canasto de las cosas intrigantes pero inútiles. Lo que propongo es que sí sirve, pero debe ser mejorada.

III. El pluralismo jurídico

Pero ¿a qué le llamaremos pluralismo jurídico? Y más penoso aún: ¿acaso no necesitaremos la teoría del derecho para definirlo? Si decimos, como

DR © 2013, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

venimos haciendo, que consiste en *la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos que reclaman obediencia —o efectividad— a los mismos individuos*, ¿no acaso estamos usando conceptos que aún no hemos definido, como *sistema*, *jurídico*, *efectividad* e *individuos*? Esto es precisamente en lo que consiste el aporte que la teoría general del derecho puede hacer a la antropología jurídica. Y, haciéndolo, veremos constantemente la sombra de Kelsen, el fundador de la teoría. Intentar, como algunos antropólogos,[1] hacer antropología *jurídica* sin el auxilio de una teoría de lo jurídico es poco científico.

Si no podemos hablar de pluralismo jurídico sin definir antes los conceptos incluidos en la misma denominación del objeto no queda otra vía que ingresar a la teoría del derecho para preguntar cuáles conceptos teóricos pueden usarse para "mirar" el objeto que ha llamado nuestra atención.

IV. El concepto de norma

Por raro que parezca, los juristas han prestado sus servicios durante siglos sin disponer de un buen concepto de *norma*. Debió llegar la época de la lógica deóntica —datada en 1951— para que las cosas se aclararan y además se hicieran sencillas. Kelsen intentó, con éxito a medias pues era una persona de mucha edad, una teoría general de las normas,[2] no de las jurídicas, sino de todas las normas. Advirtió que, consideradas desde el punto de vista del lenguaje, todas presentaban un "substratum modal indiferente".[3] Pero hoy se puede decir, más simplemente, que las normas contienen la descripción de alguna conducta. Una descripción que aparece como no modalizada. Por ejemplo, "robar" es la descripción de una conducta.

Además, las normas contienen un *modalizador deóntico*, alguno de los tres más simples: obligatorio, prohibido o permitido. De modo que las normas son enunciados que dicen que alguna conducta, la descrita, está permitida, es obligatoria o queda prohibida. Por ejemplo, "prohibido robar" es una norma, y como tal un enunciado compuesto de dos partes, la descripción de una conducta —"robar"— más un modalizador deóntico, "prohibido" en este caso. Todas las normas tienen esa estructura lingüística. Y la teoría del derecho da por supuesto que en todos los idiomas y en todas las culturas esto es así. No importa la forma gramatical, todo lo que sea norma dice "Op" —es obligatorio producir la conducta "p"—. Y si no tiene gramati-

[1] ¿Quiénes? Todos los que no se han interesado por la teoría del derecho como conocimiento teórico prioritario para hacer antropología jurídica.

[2] Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, México, Trillas, 1994.

[3] *Ibidem*, p. 72.

DR © 2013, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

calmente esa forma *puede interpretarse* de manera que, si es norma, adquiera la forma Op.

La mejor teoría dice, además, que las normas *jurídicas* se presentan siempre en la forma de un condicional: "si alguien produce la conducta q, es, para el juez, Op", donde p es una sanción violenta. Y los teóricos quieren verlo como un silogismo —o tal vez *quasi* silogismo—:

- Si alguien produce q, es —para el juez— Op (siendo p una sanción violenta).
- Es el caso que el actor A produce q.
- Entonces —para el juez— es Op (obligatorio imponer p a A).

Esto significa que si los antropólogos han de estudiar el derecho de una comunidad indígena deberán buscar, en ese idioma, las expresiones que puedan interpretarse como tal estructura lingüística. Y la pregunta debe ser: las comunidades indígenas ¿disponen de normas jurídicas, esto es, analizables con la estructura silogística apuntada? ¿O tal vez no disponen de sanciones violentas? ¿O tal vez nosotros no las vemos como violentas? Por ejemplo, la sanción que consiste en el escarnio público, pero que no pone mano sobre el cuerpo del sujeto a juicio, ¿es una sanción "violenta"? Posiblemente el estudio antropológico obligue a la teoría del derecho a revisar la idea de *violencia* propia de los sistemas europeos o europeizados. Se trataría de un diálogo fecundo entre antropología y derecho.

V. El concepto de sistema jurídico. La norma fundante y las ficciones

La teoría del derecho ha llegado a la conclusión de que las normas jurídicas se organizan —o *son organizadas*— en "sistemas". El derecho, dice, es un conjunto o sistema de normas *jurídicas*, claro. O tal vez: el sistema jurídico está compuesto por normas jurídicas. Lo cual requiere muchas explicaciones, bastante complejas. Por ejemplo, las normas del sistema, ¿lo son por el solo hecho de haber sido producidas por un órgano autorizado? ¿O se requiere que sean, *además*, "efectivas", es decir, que se cumplan. En el ejemplo dado más arriba, ¿basta con que alguien con autoridad —¿y qué es "autoridad"? — haya dicho que en caso de que suceda "q" es para el juez Op? ¿O se requiere que *efectivamente* los jueces produzcan sentencias que cumplen con el Op? Esta cuestión divide a los profesores de teoría del derecho, aunque percibo que lentamente se va imponiendo la segunda respuesta: para que una norma pueda ser considerada existente es necesario

DR © 2013, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

que alguien la haya producido y *además* que se cumpla —¿por los jueces o por los ciudadanos, asunto también en controversia todavía? —.

Bien; pero ¿qué es un sistema de normas? El asunto es uno de los más delicados. En primer lugar, los sistemas ¿existen *realiter* o son creación de la mente humana? El derecho, ese grupo de normas, ¿es sistema porque es sistema, o es sistema porque lo vemos como un sistema? Esto depende de la filosofía que adoptemos. Como yo adopto la de Hume, creo lo segundo: los sistemas no existen en las cosas —o bien: no sabemos, ni tiene sentido preguntarlo—, sino en los discursos con que hablamos de las cosas —y aquí hay que asumir que las normas no son "cosas"—.

Aceptando la idea de que los sistemas son producto del análisis, del conocimiento —a veces de la intuición—, de la costumbre tal vez, vale la pregunta: ¿qué es lo que hace que un grupo de normas pueda ser visto como un "sistema" —u "orden"— normativo? La respuesta muestra lo inacabado de la teoría jurídica contemporánea, a pesar de sus éxitos, de su seriedad y de su enorme bibliografía. Kelsen, durante su larga vida, ensayó varias respuestas,[4] pero algo mantuvo siempre: el sistema jurídico lo es porque usamos una "norma fundante". Lo que varió fue la naturaleza de esa famosa norma.

Está claro que los juristas hablan en términos de "pertenencia". Las normas "pertenecen" —o no— a un sistema jurídico. Esta idea es imprecisa, pues las normas no "pertenecen" sino que "alguien" las *hace pertenecer*, los jueces por ejemplo. Ellos son los que hacen, al usarla, que una norma "pertenezca" al sistema. Esto suele ser dicho también con la palabra "constitucionalidad": las normas existen o no, o también "las normas son constitucionales o inconstitucionales". Y eso lo deciden los jueces (¿también en las comunidades indígenas?).

Es decir, todo "sistema jurídico" está coronado por una Constitución, oral o escrita, eso no importa: toda sociedad que dispone de un orden normativo dispone de una Constitución escrita u oral —esto es indiferente—. Las normas, por tanto, pertenecen al sistema y son reconocidas como pertenecientes al mismo, porque los juristas —pero también los ciudadanos no juristas— usan otras normas, las de la Constitución, para pensar que ciertas normas son que "deben" ser obedecidas. La Constitución dice, entre otras cosas, quiénes producirán las futuras normas, cómo procederán para establecerlas, y qué contenido pueden o no pueden expresar. Cuando el juez usa la Constitución para decir que una norma es norma —jurídica"—, "hace" que la misma pertenezca al sistema.

4 Véase Correas, Óscar, "… y la norma fundante se hizo ficción", *Crítica Jurídica*, México, núm. 18, junio de 2001.

DR © 2013, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Pero he aquí que Kelsen se saca de la manga una ulterior pregunta: ¿y por qué los jueces y los ciudadanos usan esa Constitución para realizar su cálculo de pertenencia de las normas al sistema? Y responde: porque hay aún otra norma que sostiene todo el edificio laboriosamente construido, es la "norma fundante", la que todos tenemos en la conciencia —pero no si somos subversivos insurgentes—, y que dice: "es obligatorio conducirse como lo dijo el primer constituyente".

Esta norma "fundante" ¿quién la produjo?, pues no hay normas venidas del cielo. Kelsen nunca fue claro sobre esto. Nadie la produjo. Es una creación de la ciencia jurídica, pero, ¿no acaso esta norma "fundante" es una que debe ser presupuesta "por todo el mundo", por todos los que quieran decir que cierta norma "debe" obedecerse por ser constitucional? La teoría del derecho no ha ido más allá de Kelsen. Pero también se ha ocupado poco de que este pensador, formidable, dijo, al final de su vida, que *la norma fundante es una ficción* en la que se finge que hay otro poder que le dio poder al primer constituyente. Y eso nos acerca mucho más al fondo de la cuestión: el problema de la legitimidad del poder. ¿Por qué ha de obedecerse? Y esta pregunta no tiene respuesta clara, lo cierto es que se obedece. Pero ¿cómo el que se hace obedecer consigue que se le obedezca, o sea que el "pueblo", mayoritariamente, obedezca? (aunque podría hacerse obedecer por servicio del ejército). La respuesta tiene que enfilarse hacia las ideologías de la obediencia. La más importante es la jurídica; la que "finge" que algún ser superior autorizó al primer constituyente a decir cómo serían las cosas en lo sucesivo. Y en verdad que no es un disparate. Porque la más simple de las indagaciones sociológicas muestra que la gente, en efecto, así piensa: la Constitución debe ser obedecida porque es producto "de la razón", porque un Rómulo la creó, porque un Moisés la recibió de Dios, porque unos héroes independentistas o revolucionarios la impusieron, y con ello "se liberaron" de España, o porque un barquito *Myflower* trajo a los primeros, o porque una revolución destruyó el Estado anterior e impuso éste mucho más justo. O porque los dioses le dijeron al pueblo que su destino estaba en una laguna donde verían algo imposible: una planta de tunas, *nopal* —es más que improbable que alguien haya visto alguna vez un nopal dentro de un lago—, que sostendría a un águila devorando una serpiente. Muy inverosímil para que sea muy bien aceptado.

Respecto a los sistemas formados por normas no escritas —consuetudinarias"—, que es el caso de las sociedades indígenas en —lo que nosotros llamamos— América, Kelsen dijo que, en estos casos, la norma fundante dice: "hay que conducirse como siempre se ha hecho". Es decir, se debe obedecer la Constitución porque siempre se ha obedecido. Y tampoco es un

DR © 2013, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

disparate: cuando se les pregunta a los miembros de una comunidad indígena por qué hay que obedecer *esas* normas, contestan: porque siempre ha sido así, desde los más primeros.[5]

Como se comprende fácilmente, lo que la teoría está diciendo es que las normas jurídicas son obedecidas por causas ideológicas. Es la bien urdida ideología del poder la que hace pensar que el derecho debe ser obedecido. La norma fundante es, finalmente, una urdimbre ideológica, un discurso del poder. Pero su efecto buscado se cumple siempre, o no se tiene el poder: obedecemos o alguien "autorizado" —por el mismo sistema— nos hará obedecer a la fuerza.

Esto es lo que tiene para decir la teoría del derecho: las normas jurídicas valen, deben ser obedecidas porque existe una ideología de reconocimiento. ¿Vale esto para las comunidades indígenas? Sí. La teoría del derecho es apta para conducir la tarea de describir los órdenes normativos indígenas. Las normas de estas comunidades constituyen *sistemas jurídicos* de la misma clase que los usados por el mundo capitalista. Lo que varía es el *contenido* de las normas, no la calidad de "sistemas". Con lo que rueda por tierra la idea de que los indígenas tienen solamente "usos y costumbres", expresión peyorativa que no termina de caer en desuso.

VI. La juricidad

La teoría del derecho fue formulada, y puesta a punto, por juristas ideológicamente formados en el monismo jurídico: en un país existe el sistema jurídico y cualquier otra norma es "no" jurídica –moral, de trato social, uso, costumbre, el Estado es único y su derecho también.

Esta idea ha caído por tierra para lo más avanzado de la teoría jurídica, pero sigue siendo mayoritaria: los juristas no en vano son funcionarios de un sistema jurídico. Siguen prisioneros del monismo jurídico, y esto les impide ser los conductores de avanzada de la teoría. Y es muy fácil avanzar: sólo es necesario advertir que en una sociedad compleja, como la latinoamericana, hay más de un sistema jurídico. Basta con observar y aplicar la teoría a lo observado. No existe ningún sector de la teoría jurídica que impida "ver" la coexistencia de varios sistemas. La teoría no autoriza a los juristas a negar la existencia de sistemas jurídicos indígenas que coexisten con el sistema al que ellos están acostumbrados —o para la eficacia del cual han sido cuidadosamente ideologizados—.

[5] Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México, UNAM, 1982, pp. 205 y ss. (este libro fue después adoptado por la editorial mexicana Porrúa).

DR © 2013, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Y hay un detalle: si hay varios sistemas, ¿por qué uno ha de ser "jurídico" —u "oficial" o "estatal"— y los otros no? La teoría del derecho no dispone de ninguna respuesta a esta pregunta. Plenamente ajena a la teoría, por cierto. Lo que corresponde es excluir la pregunta y aceptar que *ningún sistema es jurídico*. Son, *todos*, sistemas *normativos*. A menos que se consiga una respuesta plausible a la pregunta: ¿por qué el nuestro sí es jurídico y los de los pueblos indios no?

No hay respuesta, ni puede haberla. Todos los sistemas normativos, si lo son, son formalmente iguales y no existe algún poder *jurídico* que autorice a nadie a suponer la superioridad de unos sobre otros. Hay, sí, poder *de hecho*: el poder colonial crea la superioridad, primero de hecho y después de derecho, del sistema colonial sobre el (los) colonizado(s). Y cuando esto sucede y está bien asentado ideológicamente, hasta el colonizado puede llegar a aceptar el hecho colonial. Y, equipado con una mala teoría jurídica, incluso el antropólogo puede terminar hablando de sistemas estatales y sistemas consuetudinarios —o cualquier otra forma de otorgar supremacía ideológica al sistema colonial— como la dupla derecho-usos y costumbres.

Y aquí acaba de aparecer otro detalle. Según la teoría de Kelsen, Estado y derecho son dos palabras para la misma "cosa". No hay algo como "Estado" más allá del sistema jurídico. Dicho de otra manera, no hay sistema jurídico sin Estado, Siendo así, la existencia de cada sistema jurídico implica la existencia de un Estado, lo cual choca violentamente con toda la parafernalia de las ideologías apologéticas del Estado. En primer lugar, con la de la soberanía, según la cual no hay otro poder o "fuente" del derecho que el único Estado posible. ¿Cómo puede haber entonces pluralismo jurídico? Claro que no. Si se toma esta ideología por alguna especie de teoría, sólo puede haber *un* Estado. Pero lo que descubre la teoría kelseniana es que no hay *un* solo Estado, por más que la propia teoría no se había puesto el problema del coloniaje. O mejor: lo que la teoría permite observar es que, de hecho, existen muchos sistemas normativos para el mismo territorio, los mismos individuos y/o las mismas materias —matrimonios, delitos, intercambios, funcionarios—.

Es decir, el famoso Estado no es otra cosa que un Leviathán armado hasta los dientes, que no tiene ningún fundamento moral. Su fundamento es él mismo, o sea que no dispone de tal excelsa nota. Su único pretexto sería el beneficio común. Si no hay tal, el Estado-derecho existe, sin duda, como discurso, pero no tiene fundamento más allá de sí mismo. Y esto es lo que hace que el derecho de las comunidades indígenas sea moralmente superior al derecho del mundo capitalista, es decir, siendo todos los sistemas normativos formalmente iguales, no existe derecho-Estado alguno que permita de-

DR © 2013, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

cir que uno es jurídicamente superior a otro. La única superioridad posible es la superioridad moral. Y en tal caso el inferior es el nuestro.

Claro que esta última afirmación no es aportada por la teoría del derecho. Ésta se limita a ofrecer conceptos para estudiar cualquier sistema normativo. La calificación ética, la moralidad de los sistemas indígenas frente a la inmoralidad del nuestro no se hace como parte de la descripción de algún sistema en concreto, sino sobre la base de ideas éticas al margen de la teoría jurídica. La inmoralidad de nuestro sistema jurídico sólo puede jugarse a partir de concebir la inmoralidad de la propiedad privada de los medios de producción, señaladamente la de la tierra, y advirtiendo que hablamos de sociedades donde la mayoría de la población es pobre, está enferma o es ignorante. Esto es importante porque el jusnaturalismo piensa que el derecho es moral porque tiende al bien común, y si no tiende no es derecho. Por el contrario, la teoría jurídica contemporánea es plenamente positivista: existe el derecho que existe, el cual sirve para ejercer el poder. Su moralidad o inmoralidad no impide que sea derecho positivo. Y hasta aquí la teoría. Más allá, la teoría es inservible, no tiene nada qué decir en términos morales, cuando mucho, restándole todo fundamento extralegal al derecho, deja al descubierto las entrañas sangrientas del Estado, lo cual genera simpatía o antipatía que se traduce en juicios éticos: a algunos les encanta el Estado sea cual fuera su contenido, y a otros les repugna la esencia de su función social.

VII. El derecho indígena americano y la teoría general del derecho

Luego de todo lo anterior, cabe la pregunta ¿qué ha aportado la teoría jurídica de molde kelseniano al estudio del derecho indígena americano? Todo y nada. Nada porque no ha tenido significación alguna para la vida de las comunidades. Y todo porque devuelve las cosas a su lugar: todos son sistemas jurídicos —normativos, mejor— con el mismo rango de existencia. Ninguno es superior a otro. No jurídicamente hablando, aunque el nuestro es inferior en términos morales.

La teoría, hasta ahora, final de la primera década del siglo XXI no les ha servido de nada a las comunidades porque *es teoría* formulada al margen de la práctica de los abogados. Y lo que pasa, extrañamente, es que la teoría jurídica no ha triunfado sobre las ideologías al uso entre los juristas y en las escuelas de leyes. No sé si hay otros ejemplos tan lamentables en que las ideologías superen a las teorías en los propios ambientes universitarios, y lo más grave es que muchos antropólogos y sociólogos recurren a las ideologías

DR © 2013, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

jurídicas para intentar sus ciencias, lo cual no puede conducir sino a desencuentros, disparates o ingenuidades. Tan fuertes son las ideologías jurídicas.

VIII. Lo que la teoría permite observar

Interesa, entre otras muchas cosas, reflexionar sobre una de las consecuencias más grávidas de la teoría. Si los sistemas normativos son todos iguales formalmente, ¿cómo es que uno pretende "reconocer" a otros? ¿Quién le habría dado el derecho a reconocer? Nadie. No hay tal actor social tan moral o jurídicamente prestigiado.

En su lucha, los indígenas han recurrido al derecho internacional, pero todos sabemos que la ONU es prisionera de los cinco grandes —aunque ahora hay los siete, los veinte y más—. Y sabemos que los Estados están bien pertrechados en la ideología de la soberanía que impide una eficacia auténtica del derecho internacional. Y sus agentes, también pertrechados con el "reconocimiento oficial", ocupan los puestos claves. Piénsese en la OIT, donde, si la voz cantante la tienen los sindicatos —que no los trabajadores—, el voto decisivo es el del representante del estado —que generalmente vota con los patrones—.

Es decir, no hay un actor social que tenga el derecho de acordar a algún sistema normativo, derecho a reconocer la existencia de otro. Y mucho menos en América, donde los sistemas indígenas son anteriores a los sistemas "patrios", es decir, los herederos de España, Portugal y algún otro pirata menor. Y si no existe tal derecho a reconocer, ¿cómo se ha llegado a creer que la "solución" es el re-conocimiento de las autonomías? Jamás habrá solución si ésta es imaginada como una relación en la cual un superior reconoce al inferior su derecho a existir, y con cortapisas además. La teoría jurídica muestra que si de solución política y de justicia también se trata, hay que pensar en la idea originaria del *pacto*. El Estado hegemónico tiene que aceptar al otro como igual, y *pactar*, punto por punto, derecho por derecho, y un pacto con cada sistema normativo que tenga al frente. Tarea larga y costosa, pero la única que puede deshacer el nudo colonial.

DR © 2013, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas